



Honos alit artes

Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA
Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



Reti Medievali E-Book

19/IV

Honos alit artes

**Studi per il settantesimo compleanno
di Mario Ascheri**

L'ETÀ MODERNA E CONTEMPORANEA

Giuristi e istituzioni tra Europa e America

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini

Firenze University Press

2014

Rule of law e chain novel

Riflessioni sulla istituzione della Corte Suprema del Regno Unito

di Giovanni Cogliandro

Il 1° ottobre 2009 ha iniziato la sua attività la Corte Suprema del Regno Unito, dando così piena attuazione al *Constitutional Reform Act* del 2005: essa è oggi presieduta da Lord Neuberger of Abbotsbury, con il titolo di *President of the Supreme Court of the United Kingdom*, che ha sostituito nell'ottobre 2012 Lord Phillips of Worth Matravers. Con l'abolizione della funzione giudicante della camera ristretta dei *Lords of Appeal in Ordinary* è stata abolita l'eccezione britannica che, a differenza della gran parte degli ordinamenti contemporanei, non disponeva una formale separazione tra potere giudicante e potere legislativo, anche se nei fatti la separazione tra i due poteri in diversi ordinamenti non è assoluta.

Nel nostro contributo proponiamo alcune riflessioni sulle motivazioni che hanno condotto alla istituzione della Corte e più in generale sulla alternativa teorica di fondo che continua oggi a caratterizzare l'autocomprendimento del ruolo delle più alte magistrature nella produzione di diritto.

La nuova Corte è stata fortemente voluta da Lord Bingham, *Senior Law Lord* fino al 2008, in quanto a suo parere l'emergenza di nuovi diritti e un confronto con le diverse realtà e le nuove interconnessioni nomodinamiche europee e internazionali rendevano necessaria l'istituzione di una Corte suprema che garantisse meglio le esigenze del *rule of law*, anche dinanzi alle sempre più specifiche e dettagliate competenze ormai ascrivibili al potere esecutivo, vero articolatore della funzione legislativa in diversi Stati, competenze sempre più integrate nel crescente corpo delle leggi internazionali e delle norme comunitarie¹.

Bingham² include le istanze connesse al *balancing* nel quadro di una visione teorica volta a contemperare aspettative e interessi confliggenti, e fa di questa opera uno degli scopi essenziali dell'arte di giudicare, un'arte che svolge una fun-

¹ Si vedano al riguardo le considerazioni programmatiche in Lord [T.] Bingham, *A New Supreme Court for the United Kingdom*, The Constitution Unit Spring Lecture 2002, London 2002.

² Le riflessioni sul tema dell'ultimo *Senior Law Lord* sono contenute in forma sintetica in Lord [T.] Bingham, *The Rule of Law*, Sixth Sir David Williams Lecture, Cambridge, 16 November 2006, ora in «Cambridge Law Journal», 66 (2007), 1, pp. 67-85, e in versione più ampia in T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2010.

zione fondamentale di temperamento dei conflitti e quindi di supplenza nei confronti del potere legislativo e delle assemblee parlamentari: anche in questa ottica ci sembra vada conseguentemente inquadrata la separazione della Suprema Corte dalla *House of Lords*. Tale concezione trova tra i suoi avversari il giudice Scalia della Corte Suprema degli USA, che ritiene che tale avocazione sia una indebita intromissione nei delicati meccanismi della decisione politica dei giudici non eletti dal popolo – e quindi non legittimati a svolgere una funzione legislativa che deriva dalla rappresentanza³. Sostenere la priorità delle istanze connesse al *balancing* o rifiutarla è la chiave di volta per stabilire, secondo il modello del giudice erculeo di Dworkin, una teoria del diritto incentrata sulla legge intesa come regola o intesa come giustizia⁴.

Il ruolo principale della *Supreme Court* è decidere sui ricorsi provenienti dai tre sistemi legali in cui viene suddiviso il Regno Unito: Inghilterra e Galles, Irlanda del Nord, Scozia. La *National Assembly for Wales* emana delle leggi per il Galles che sono diverse da quelle inglesi, ma entrambe le nazioni condividono lo stesso sistema delle Corti. La *Supreme Court* è la suprema corte per gli appelli civili anche per la Scozia, che tuttavia mantiene il più alto grado di appello per i processi penali. La legge di istituzione della Corte dispone che essa non influenzerà la separazione dei tre sistemi giuridici esistenti nel Regno Unito e dichiara che essa deve essere considerata, per quanto concerne gli specifici appelli provenienti da una delle nazioni che costituiscono il Regno, come una corte facente parte di quella parte del Regno. In totale essa rileva la giurisdizione di appello di 27 diverse giurisdizioni (incluse 14 nazioni indipendenti).

Le disposizioni riguardanti la Corte Suprema sono contenute nella parte terza della legge del 2005, negli articoli che vanno dal 23 al 60. I giudici sono dodici e sono nominati dalla Regina, anche se il numero dei giudici potrà essere aumentato tramite apposita disposizione del Parlamento emanata dalla Regina. L'articolo 23 dispone che i giudici della nuova Corte verranno indicati con il titolo di *Justices of the Supreme Court*, tranne il giudice nominato Presidente il quale prenderà questo titolo, così come il giudice che sarà nominato Vicepresidente (*Deputy President*), ruolo che continua ad essere ricoperto da Lord Hope of Craighead sin dall'istituzione della Corte nel 2009.

I pilastri dell'ordine costituzionale britannico sono le prestigiose e risalenti nozioni tra loro interconnesse di *rule of law* e *supremacy of Parliament*. Nella tradizione inglese esse sono integrate con le convenzioni che regolano i rappor-

³ Sul tema si veda il recente studio di G. De Anna, *Azione e rappresentanza. Un problema "metafisico" del liberalismo contemporaneo*, Napoli 2012.

⁴ Su questo tema controverso, che ha generato un vivace e attuale dibattito che da più di tre decenni avvince giudici federali e costituzionalisti anche al di fuori degli USA, si veda per un primo orientamento il libro con la risposta alle critiche di A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, e a seguire l'ulteriore presa di posizione di R. Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, «Fordham Law Review», 65 (1997), p. 1249.

ti tra le istituzioni del potere politico. A queste si è tentato di associare il recente tentativo di sviluppare sul suolo inglese un sistema coerente di diritti fondamentali⁵. Lo *Human Rights Act* del 1998 ha fornito diverse opportunità di affermazione di un vero e proprio costituzionalismo e di forme di sindacato giurisdizionale quasi-costituzionale inedite per l'ordinamento inglese e affidato alle locali Corti di giustizia. Un ulteriore impulso al rafforzamento del sindacato giurisdizionale è stato impresso dalla *incorporation* dei diritti europei nell'ordinamento domestico del Regno Unito, circostanza che ha affidato ai giudici l'esercizio di una forma attenuata di *judicial review* che consiste nell'esercizio del sindacato sulla conformità della legislazione di produzione parlamentare nei confronti dei diritti contemplati nella *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo*. Tale sindacato non si risolve nella disapplicazione della norma o nel suo annullamento, in quanto tale eventualità sarebbe del tutto incompatibile con la sovranità del Parlamento e con il principio di soggezione del giudice alla legge, bensì si esplica in atti di impulso nei confronti del Parlamento, non vincolanti formalmente ma di intuibile rilevanza politica, considerata la maggiore rilevanza del rispetto delle forme negli ordinamenti anglosassoni, che rende non necessaria una formale procedura di disapplicazione.

Le Corti di giustizia inglesi sono composte da giudici professionali nominati, tradizionalmente connotati da un pronunciato spirito di corpo, la cui ermeneutica dichiarativa del diritto è risultata sofisticata ed efficace nel tempo. Le Corti interpretano le singole norme della *statute law* e, pur senza disapplicarle formalmente, ne condizionano l'applicazione concreta, il che talvolta può produrre effetti giuridici più penetranti, influenti e duraturi di un annullamento o disapplicazione. L'interpretazione giudiziale della norma, tecnica in cui i giudici di *common law* eccellono, può introdurre nell'ordinamento nuovi elementi che hanno cogenza normativa, amministrativa e istituzionale, e contribuire al loro consolidamento. Questo è il senso e l'efficacia più persistente e allo stesso tempo la giustificazione della risalente tradizione della *judge-made law*⁶. Anche la nuova Corte con ogni probabilità non si evolverà sul modello ideale kelseniano, quello di misurare la congruenza di un testo legislativo con una norma superiore, ma deciderà sulla base di una tradizione vivente di precedenti, al fine di garantire che il legislatore non turbi l'armonia fra la *supreme law of the land* e la produzione normativa ordinaria.

La necessità di una singola corte superiore di giustizia si è sviluppata parallelamente alla progressiva integrazione politica del Regno Unito nell'Unione Europea, integrazione che ha reso il sistema giuridico sempre più permeabile ad influssi giuridici esterni, ai quali i *Law Lords* erano molto sensibili negli ultimi anni, in particolare il già citato Lord Bingham⁷: si è così sviluppata l'esigen-

⁵ M. Patrono, *La forza dei diritti. Il Regno Unito dalla rule of law allo Human Rights Act 1998: sulle tracce di un lungo inseguimento*, in «Nomos», 2004, fasc. 1, pp. 15-40, anche in *La Costituzione Britannica / The British Constitution*, a cura di A. Torre, L. Volpe, Torino 2005, vol. I, p. 77 sgg.

⁶ Sul tema si rimanda al denso studio di M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano 1984.

za di una giustizia costituzionale che in Europa è un elemento ormai essenziale del diritto pubblico nei sistemi a costituzione scritta. Questo è più in generale uno dei connotati salienti del dibattito teorico sulla forma dello Stato costituzionale che non sembra volersi esaurire e che si interseca con le considerazioni che la recente dottrina ha condotto sul tema del *rule of law*⁸.

Il tradizionale senso di autosufficienza giuridica e culturale del pensiero costituzionalistico britannico appare già da alcuni anni considerevolmente attenuato; d'altra parte diversi corpi giudicanti esercitano di fatto forme di giustizia costituzionale e operano già da tempo ponendo in essere alcune forme di *adjudication* che altrove competono alle sole corti costituzionali e che solamente in tempi più recenti hanno sviluppato una certa influenza sul pensiero dei *common lawyers* tanto da poter essere annoverate tra gli elementi che hanno concorso all'impostazione della riforma che ha prodotto la *Supreme Court*.

A partire dal 1997 si sono quindi susseguiti una serie di interventi riformatori attraverso i quali si è ridisegnata la costituzione non scritta del Regno. Particolarmente intenso è stato il 1998: in quest'anno come si è già accennato è stata incorporata nell'ordinamento inglese la *Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo* con lo *Human Rights Act*, sono state introdotte forme di devoluzione in Scozia, Galles e Irlanda del Nord, è stato ridefinito lo *status* costituzionale della Banca d'Inghilterra. Nel 1999 poi è stata modificata per la prima volta nella storia la tradizionale struttura della Camera dei Pari con lo *House of Lords Act*. Quest'ultimo intervento è la premessa della riforma che presentiamo, essendo direttamente connesso alla separazione del corpo dei *Lords of appeal in ordinary*. Tale corpo giudicante era peculiare per la sua collocazione all'incrocio tra potere legislativo non elettivo e potere giudiziario d'ultimo appello⁹.

Esso risaliva nel suo ordinamento allo *Appellate Jurisdiction Act* del 1876, con il quale si ha l'ultimo di una serie di importanti interventi legislativi che nell'età vittoriana razionalizzarono l'intera organizzazione delle magistrature nel Regno Unito. Questa legge ebbe come effetto la formazione del *Judicial Committee dei Lords of Appeal in Ordinary*, alti magistrati ai quali si aggiungevano di diritto il *Lord Chancellor* con funzione di presidente e quei Pari che occupassero cariche di rilievo nell'ordinamento giudiziario. Al *Privy Council* competeva la giurisdizione d'appello da qualsiasi parte del Regno e dai possedi-

⁷ Si veda al riguardo il saggio di M. Andenas and D. Fairgrieve, 'There is A World Elsewhere?' *Lord Bingham and Comparative Law*, in *Tom Bingham and the Transformation of the Law*, edited by M. Andenas, D. Fairgrieve, Oxford 2009. Più in generale si veda B. Markesinis, *Judicial Mentality: Mental Disposition or Outlook as a Factor Impeding Recourse to Foreign Law*, in «*Tulane Law Review*», 80 (2006), p. 1325.

⁸ Sul tema si vedano L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Parigi 2002; *Lo Stato di diritto*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano 2003; F. Viola, *Il «Rule of Law» e il concetto di diritto*, in «*Ragion pratica*», 30 (2008), pp. 151-168; A. Sciarba, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in «*Diritto e questioni pubbliche*», 9 (2009), pp. 701-742; F. Viola, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino 2011; G. Cogliandro, *Rule of Law. La possibilità del contenuto morale del diritto*, Milano 2012.

⁹ Q. Bloom-Cooper, G. Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Oxford 1972.

menti della Corona, ma anche la giurisdizione speciale dell'ammiragliato, delle cause ecclesiastiche, degli ordini professionali. La funzione giurisdizionale dei *Lords of appeal in ordinary* era invece generale, in quanto veniva riconosciuta nella sua qualità di vertice sovranazionale del sistema giudiziario di *common law*¹⁰. In altri termini, il *Judicial Committee of the House of Lords* era la suprema istanza giurisdizionale del Regno Unito, verso la quale da tutto il *Commonwealth* confluivano le cause civili e gli appelli in materia penale a norma del *Criminal Appeal Act* 1907. La particolarità e il prestigio del suo ruolo pertanto non deriva dalla specialità delle attribuzioni giurisdizionali bensì dalla particolare competenza che la giurisprudenza della Camera dei *Lords* ha sviluppato, quale giudice di ultimo appello, in materie fondamentali quali la salvaguardia delle libertà e la regolazione dei rapporti tra diritto domestico e diritto dell'Europa comunitaria. L'adozione dello *Human Rights Act* 1998 ha reso sempre più prestigioso il ruolo di tramite con l'Unione Europea del *Judicial Committee of the House of Lords* sotto il profilo della vigilanza sui diritti fondamentali. Al riguardo le attività della Camera dei Pari e del Consiglio Privato non mancavano di punti di intersezione. L'impegno giurisdizionale del *Privy Council* poteva giungere a ricomprendere nella propria sfera decisionale anche istanze attinenti all'esercizio delle libertà fondamentali nel Regno Unito o in quei paesi dai quali è previsto provenga l'istanza di appello del giudizio stesso; la qualifica di giudice supremo d'appello attribuita in via ordinaria al *Judicial Committee* della Camera dei Pari, in quanto collegio formato in prevalenza da giudici professionali e non costituito in base a un substrato di norme consuetudinarie, ha fatto sì che da parte dei *Law Lords* potessero essere trattate, con efficacia costituzionalmente probante, alcune delicate questioni per lo più attinenti all'esercizio di libertà individuali¹¹ e a forme di giustizia implicanti valutazioni sconfinanti in questioni di libertà personale e di diritto internazionale.

Va inoltre evidenziato che ogni decisione di questo *Judicial Committee* era oggetto di un rapporto ufficiale presentato al *plenum* della Camera dei Pari e da questa adottato come atto proprio: con ciò si enfatizza il dato che la sentenza d'appello era emanata dal Parlamento nella sua alta funzione giudiziaria. Lo stesso dicasi per le opinioni giuridiche che, in ossequio ai canoni costituzionali della *common law*, i *Law Lords* potevano esplicitare in relazione a singole questioni loro sottoposte. Le espressioni di questo autorevole parere giurisdizionale, che ponevano in evidenza l'opinione dei singoli giudici, formano oggetto di letteratura ma non sono considerate vincolanti *erga omnes* a meno di non essere ratificate dai Pari in seduta plenaria.

L'idea di dare forma a un vero e proprio tribunale costituzionale e quindi di porre fine alla funzione giudicante dei *Law Lords* si è più volte presentata nel dibattito costituzionale britannico, almeno fin dai tempi di Bentham: in dottrina

¹⁰ Questa esperienza secolare ha influito in maniera ancora da comprendere appieno sulla peculiare inclinazione e specializzazione dei giuristi inglesi nei confronti del sistema in continua evoluzione delle Corti e degli organismi di arbitrato internazionali in materia di commercio.

¹¹ Si veda ad esempio il caso *Reynolds v. Times Newspapers* 1999.

tuttavia essa è riaffiorata solo di recente¹². Nel Regno Unito sembra affermarsi sempre di più l'idea di realizzare una giurisdizione costituzionale in senso proprio, anche se il processo iniziato istituendo la *Supreme Court of the United Kingdom* appare per il momento una iniziativa politica non finalizzata alla realizzazione di una corte costituzionale, bensì alla consacrazione del principio della separazione dei poteri¹³.

A parere di chi si opponeva all'idea di una Corte Suprema formalmente distaccata dal potere politico rappresentativo questo atto potrebbe essere la premessa all'introduzione di una non necessaria costituzione scritta d'impianto benthamiano, una riforma che potrebbe certo inverare le istanze di chiarezza e prevedibilità della legge secondo gli auspici del sunnominato Bentham, ma che secondo gli oppositori di tale visione avrebbe degli esiti restrittivi delle libertà, a cominciare dalla suprema potestà legislativa rappresentata ancora oggi con la formula del *Sovrano in parlamento*, suprema proprio perché vincolata solo dalla tradizione. Tale possibilità non viene a tutt'oggi ben considerata da buona parte dei *constitutional lawyers* inglesi, in quanto a loro giudizio le altre esperienze nazionali caratterizzate da costituzioni deliberatamente codificate in rigide forme documentarie si declinano in ordinamenti che evolvono o derivano da forti principi statalistici, con conseguenti limitazioni delle libertà civili o sociali e intaccano il sacro principio della *privacy*: giova ricordare che ancora oggi nel Regno Unito non è previsto un documento di identità.

Il caso britannico dimostra come non sia necessario che sullo sfondo vi sia una costituzione scritta perché si crei la necessità di una qualche forma di giustizia sovraordinata e quasi-costituzionale: anche al sommo livello di legislazione anteriore, la decisione sulla prescrizione appare, oltre che logicamente, anche concretamente risultante da una norma codificata. Alle origini della decisione politica di istituire una *Supreme Court* si pone il passaggio da una concezione diffusa della giurisdizione costituzionale britannica, tipica del pensiero tardo-liberale, alla spinta uniformatrice del pensiero costituzionale contemporaneo, che guarda principalmente all'uniformità sistematica a livello internazionale. Ancora oggi tuttavia vi sono sostenitori del primato delle piccole comunità e delle loro prerogative, con intenti e ideologie tra loro distanti, come Robert Nozick¹⁴, che sostiene una formula di "stato minimo" per costruire società capaci di vivere in libertà e difendere i diritti individuali, e Alasdair McIntyre, che afferma come nel mondo occidentale a noi contemporaneo una vera e propria catastrofe abbia colpito il linguaggio della morale, rendendo sostanzialmente impossibile conseguire un consenso tra diverse tradizioni di pensiero, e quindi

¹² Si veda ad esempio D. Hope, *A Phoenix from the Ashes? Accommodating for a New Supreme Court*, in «Law Quarterly Review», 2005, p. 253 sgg.

¹³ D. Woodhouse, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in «Legal Studies», 24 (2005), p. 134.

¹⁴ R. Nozick, *Anarchia, stato e utopia*, Firenze 1981.

solo comunità composte da un piccolo numero di individui possono portare avanti delle pratiche di vita condivise¹⁵.

Albert Venn Dicey, Frederick Maitland e James Bryce, pur negando la necessità della separazione dei poteri, non escludevano l'istituzione di una Corte Suprema; la loro posizione derivava – pur in un contesto in cui nessun paese dell'Europa liberale dotatosi di una costituzione scritta aveva ancora dato vita a supremi tribunali costituzionali – dall'osservazione desolata della caotica frammentarietà di un'azione giudiziaria ripartita tra i diversi corpi della secolare tradizione inglese. Ricostruendo l'evoluzione della giustizia costituzionale inglese, essa non può essere considerata assente per il semplice fatto che nel Regno Unito non esiste una costituzione scritta. Conseguenza dell'assenza della forma scritta è la flessibilità dell'ordine costituzionale inglese, e anzi in tale assenza si individua l'archetipo della flessibilità costituzionale. Essa è stata oggetto di indagine da parte della dottrina in Italia¹⁶, che l'ha proposta come esempio di riforme attuabili almeno a livello interpretativo, senza escludere che anche ad essa si possa riconoscere quella che è stata definita, prendendo spunto da James Bryce, una «naturale rigidità». Sulla scorta del pensiero di Dicey, si può considerare quale resistenza oppongano al mutamento le convenzioni costituzionali maturate attraverso l'esercizio di prassi comunemente condivise e accettate e non disinvoltamente modificabili attraverso semplici statuizioni normative, o quanto l'influenza della moralità costituzionale innervi di sé e consolidi dati politico-istituzionali che altrimenti risulterebbero aleatori. Il *judicial review of legislation*, pur occupandovi una posizione di primario rilievo, non esaurisce il catalogo di quelle garanzie che, soprattutto se erette a difesa della democrazia e di tutti quegli elementi che le diverse culture politiche intendono come pre-costituzionali¹⁷, sono fondamentali per la sopravvivenza stessa di un ordine costituzionale, sia esso scritto o non scritto. Quest'ultimo è il caso del Regno Unito, che si impone come una realtà *justice-seeking* ossia reclamante l'esercizio di una forma particolare di giustizia, anche se fino a tempi non molto lontani una lettura acritica del concetto diceyano del *rule of law* tendeva a ridimensionare il contributo creativo delle Corti alla costruzione dell'ordinamento democratico, a tutto vantaggio del ruolo del Parlamento. Tale tendenza è a volte percepita dagli stessi giudici, in specie negli Stati Uniti: si veda la recente opinione di Scalia in *Roper v. Simmons*, la sentenza che più ha aperto la giustizia statunitense all'inclusione del diritto non domestico¹⁸. La concezione della *rule of law as a law of rules* di

¹⁵ A. MacIntyre, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano 1988.

¹⁶ Si veda al riguardo il saggio di A. Pace, *Le cause della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2ª ed. riveduta e ampliata, Padova 2002.

¹⁷ A. Barak, *The Role of the Supreme Court in a Democracy*, in «Israel Law Review», 3 (1999), 1, pp. 1-12.

¹⁸ «To allow lower courts to behave as we do, “updating” the Eighth Amendment as needed, destroys stability and makes our case law an unreliable basis for the designing of laws by citizens and their representatives, and for action by public officials. The result will be to crown arbitrariness with chaos»: *Roper vs. Simmons* (03-633) 543 U.S. 551 (2005).

Scalia¹⁹ inserisce il formalismo nell'ipostatizzazione della regola contro l'interpretazione moralmente orientata, diffusasi in forma più raffinata dopo le analisi di Dworkin, o socialmente progressista come ai tempi della corte Warren. Oliver Wendell Holmes in una ricca serie di scritti ha reso popolare l'idea secondo la quale è inutile cercare una sofisticata definizione del diritto: secondo Holmes, diritto sono «le predizioni di ciò che i tribunali faranno». Un altro noto aforisma di Holmes è «la vita del diritto non è la logica, ma l'esperienza»²⁰. Questa affermazione porta tuttavia i limiti di una visione volutamente provocatoria, radicalmente critica del tentativo di indagare sui fondamenti metafisici e politici della legittimità del *judicial review*.

La questione relativa al ruolo delle corti nel processo normativo è tuttora dibattuta tra i maggiori filosofi del diritto contemporanei: secondo Finnis²¹ qui si trova il cuore del fraintendimento e del disaccordo tra Dworkin e i positivisti come Hart e Raz. Infatti la teoria di Dworkin, che tra le teorie del diritto contemporaneo è quella più focalizzata sul ruolo dei giudici, è una teoria normativa del diritto, cioè il suo intento è quello di fondare e giustificare i principi cui informa la sua condotta il giudice nell'adempire il suo compito di giudicare; la teoria positivista, nelle sue diverse sfumature e declinazioni, tende a voler rimanere invece una teoria descrittiva. In estrema sintesi, una delle domande fondamentali cui cerca di rispondere la teoria di Dworkin riguarda il dovere del giudice²², la sua collocazione nei riguardi della *legal history*; l'alternativa più ampia si pone tra la decisione normativa di rispettare le decisioni precedenti (*stare decisis*) oppure creare coscientemente il diritto. Dworkin risponde a tali questioni utilizzando una metafora letteraria, quella della *chain novel*²³, nella quale il giudice nella disamina del singolo caso in questione, è simile al *chain novelist* della tradizione letteraria, che scrive un nuovo capitolo di una storia sequenziale che la tradizione gli ha consegnato, con il compito di continuare la sequenza da dove gli è giunta e di consegnarla ai suoi successori: in questa attività seriale i giudici sono autori e critici insieme. Su queste tematiche si è sviluppato un acceso dibattito tra Dworkin e Stanley Fish²⁴. Fish sostiene che la costrizione implicita nella struttura della catena narrativa non si rafforza gradualmente con l'allungarsi della catena e contraddice la tesi ottimistica di Dworkin secondo cui l'avanzare

¹⁹ A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in «The University of Chicago Law Review», 56 (1989), p. 1175.

²⁰ O.W. Holmes, *The Common Law*, Boston 1881, p. 7.

²¹ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, p. 21.

²² Il tema è assolutamente centrale per Dworkin, che vi ha dedicato alcuni tra i suoi volumi più noti: R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard 1985; Id., *Law's Empire*, Cambridge, MA, 1986; Id., *Justice in Robes*, Cambridge, MA, 2006.

²³ Dworkin, *Law's Empire* cit., p. 228 e sgg.

²⁴ A testimonianza dell'intenso dibattito tra i due autori si vedano gli studi poi raccolti in S. Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford 1989; la replica di R. Dworkin, *My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don't Talk about Objectivity Any More*, in *The Politics of Interpretation*, edited by W.J.T. Mitchell, Chicago and London 1983.

della catena porti ad una sempre maggiore determinazione dei concetti giuridici e possa infine produrre una corretta risposta ai quesiti connessi all'interpretazione degli *hard cases* e soprattutto della grande maggioranza dei casi non così complessi e controversi.

Brandom muove alcune critiche al modello dworkiniano del giudice, a partire dalla sua strategia inferenziale non rappresentazionale della verità, conducendo una analisi della dinamica della decisione giudiziaria e del suo inserimento nella sequenza delle decisioni precedenti e della sua contestuale prescrittività per le future decisioni analoghe, accettando tuttavia la ricostruzione della *chain novel* di Dworkin. Questa strategia si sostanzia a partire dal presupposto che il significato di un pronunciamento risiede nell'uso che i diversi attori sociali ne fanno: vi è quindi una piramide nelle decisioni che risale attraverso i diversi gradi di generalità della sentenza, della legge, della Costituzione²⁵.

Il dissenso teorico sullo spettro ermeneutico disponibile all'interprete e in particolare alla corte mantiene una struttura dicotomica tra la soggettività autonoma dell'interprete e la oggettività (presunta) del testo. Tale dicotomia sembra evocare il *theoretical disagreement* che secondo Dworkin le diverse versioni del positivismo non riescono a spiegare (anche se secondo Leiter²⁶ invece è possibile spiegarlo senza far ricorso alla panoplia concettuale della teoria di Dworkin). La legge è stabilita prima della decisione giudiziaria e le sentenze possibili possono essere ripartite e classificate secondo uno schema che distingue *policies* e principi. Se una decisione viene presa secondo un criterio orientato agli obiettivi collettivi della società, allora essa è una decisione relativa alla sfera della *policy*, che andrebbe riservata alla discussione e alla decisione parlamentare. Al contrario una decisione basata sui principi equivale a una determinazione tra diritti che vengono identificati come preesistenti²⁷: una sentenza stabilita conformemente ai principi non andrebbe quindi a creare nuovo diritto, ma riconoscerebbe dei diritti che sono in attesa di riconoscimento e che, se corrispondono a principi validi, meritano di essere riconosciuti come tali²⁸. I giudici, nella teoria ermeneutico-normativa di Dworkin, dovrebbero astenersi dal dibattito sulle politiche e sugli obiettivi di lungo termine della società, limitandosi a questo ruolo di discernimento tra principi, da applicare induttivamente alle prassi sociali. L'induzione appare quindi un correlato di una interpretazione liberale della giurisdizione, prodromica alla più generale interpretazione liberale che trova il proprio fondamento e il proprio scopo a partire dalla

²⁵ R. Brandom, *A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel*, testo disponibile su internet all'indirizzo <<http://www.pitt.edu/~brandom/currentwork.html>>.

²⁶ B. Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, in «The University of Chicago Law Review», 76 (2009), 3, pp. 1215-1250.

²⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977, pp. 82-87.

²⁸ Il dibattito sulle modalità di tale riconoscimento è molto ampio e non può essere affrontato in questa sede, e coinvolge non solo i contemporanei filosofi del diritto positivisti come Matthew Kramer e Joseph Raz, ma anche filosofi del linguaggio e della politica come Robert Brandom e Axel Honneth.

chiave di volta della dignità, a sua volta coronamento e ragion d'essere della libertà politica, dell'eguaglianza e della democrazia. La dignità è intesa da Dworkin in questa grande narrazione come il *focus* dell'intero suo pensiero, o almeno questa è l'autointerpretazione che Dworkin offre dell'insieme del suo pensiero nei suoi ultimi scritti²⁹.

Una Corte che si mostri troppo conscia della *judicial supremacy* è un frequente correlato alla presunta autosufficienza del *rule of law*. Questo atteggiamento di politica del diritto è l'*état d'esprit* che si è voluto analizzare nel nostro studio: la recente pretesa di monopolio sull'interpretazione costituzionale è una manifestazione di potere di cui il costituzionalismo induce a diffidare, secondo una tradizione risalente. Non meno della democrazia, il principio di separazione dei poteri e il rispetto del *rule of law* richiedono una suprema giurisdizione che sia proceduralmente sempre più aperta al confronto con interpretazioni di organi confliggenti e disposta a riconoscere i limiti del potere di cui dispone, perché corrispondente a un compito che è parte di un'impresa politica comune. In tal senso sembra potersi inquadrare teoricamente la decisione del Parlamento britannico di istituire una Corte Suprema separata dalla *House of Lords*, decisione che non è solo un adeguamento ad uno standard internazionale che ormai si presume vincolante (portato di una troppo semplicistica filosofia della storia), ma si delinea come il riconoscimento pragmatico di una tensione teorica tra la necessità di una maggiore determinazione tecnica dei contenuti del *rule of law* e l'insufficiente legittimazione della *chain novel* costituita dalla sequenza della narrazione delle corti; in tal senso vanno anche le istanze di una continua verifica del bilanciamento tra le funzioni supreme dell'ordinamento, il cui equilibrio dipende, in ultima istanza, sempre dalle conseguenze di una ineludibile opzione teorica e politica.

²⁹ Un ampio dibattito in tal senso ha suscitato il suo ultimo volume, R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge-London 2011; le questioni trattate in questo libro sviluppano i temi trattati nel corso degli anni dall'autore, rileggendo il ruolo dei giudici a partire da una concezione comprensiva della giustizia interpretata a partire dalla nozione fondamentale di dignità; la posizione di Dworkin sui giudici acquista sfumature che vanno oltre la ricostruzione in termini di *chain novel* cui abbiamo fatto cenno nel nostro lavoro. Al riguardo diversi pensatori non se la sentono di seguirlo sulla strada intrapresa dal filosofo da poco scomparso, anche se il dibattito che ne è sorto si mostra denso di implicazioni per la filosofia politica e morale.